OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-751161/3/ER/SW

Datum:
Linz, 2. Juni 2021

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Reitter über die Beschwerde der E S, geboren am x, StA Bosnien und Herzegowina, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. A F, L, L gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 22. Oktober 2020, GZ: BA-4-AEG/25546, betreffend Rückstufung gemäß § 28 NAG

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass im Spruch des angefochtenen Bescheids die Wortfolge „für die Dauer von 12 Monaten“ durch die Wortfolge „für die Dauer von drei Jahren“ ersetzt wird.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) vom 22. Oktober 2020, GZ: BA-4-AEG/25546, wurde nach erfolgter Überprüfung des Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt – EU“ – der nunmehrigen Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) – nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz – NAG festgestellt, dass ihr unbefristetes Aufenthaltsrecht „Daueraufenthalt – EU“ endet, und ihr wurde von Amts wegen eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ für die Dauer von 12 Monaten im Sinne einer Rückstufung gemäß § 28 Abs 1 NAG erteilt.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl der belangten Behörde mit Aktenvermerk vom 20. Juli 2020 eine Anregung zu einer Rückstufung nach § 28 NAG übermittelt habe. Aus diesem gehe hervor, dass zwar Gründe für eine Maßnahme nach § 52 Abs 5 FPG vorliegen würden, eine aufenthaltsbeendende Maßnahme im Hinblick auf § 9 BFA-VG allerdings nicht möglich sei.

Eine Prüfung der Voraussetzungen des § 52 Abs 5 FPG und eine konkrete Gefährdungsprognose würden im konkreten Fall zum Ergebnis führen, dass die Voraussetzungen für eine Rückkehrentscheidung vorliegen würden. § 52 Abs 5 FPG verweise auf § 53 Abs 3 FPG, wobei die Voraussetzungen des § 53 Abs 3 Z 1 FPG im Fall der Bf vorliegen würden, da sie am 27. März 2019 vom Landesgericht (im Folgenden: LG) Linz zu einer bedingten Freiheitsstrafe in Höhe von 18 Monaten – aufgrund der §§ 127, 128 Abs 1 Z 5, 129 Abs 1 Z 3 und 130 Abs 2 StGB – verurteilt worden sei. Die Bf habe im Zeitraum von Juni 2018 bis November 2018 in zahlreichen Angriffen der von ihr betreuten Person Bargeldbeträge mit einem Gesamtwert in Höhe von EUR 31.500,00 weggenommen. Sie habe zwar ein Tatsachengeständnis abgelegt und einen Beitrag zur Wahrheitsfindung getätigt, jedoch seien als erschwerend die mehrfache Qualifikation und Faktenhäufung (soweit diese nicht in der Gewerbsmäßigkeit aufgehe) gewertet worden. Dem Urteil sei auch zu entnehmen, dass die Bf nicht einmal eine bedingte Unrechtseinsicht gezeigt habe, und ihr sei auch die Tatwiederholung zur Last gelegt worden. Aufgrund ihrer fehlenden Unrechtseinsicht und des hohen Gesamtschadens führe die zu treffende Gefährdungsprognose dazu, dass ihr weiterer Aufenthalt eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit darstelle.

Es sei daher im Zuge einer Gesamtabwägung des Verhaltens der Bf davon auszugehen, dass ihr weiterer Aufenthalt eine gegenwärtige, hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstelle und die Voraussetzungen für eine Rückkehrentscheidung gemäß § 52 Abs 5 FPG erfüllt seien. Diese könne jedoch im Hinblick auf § 9 BFA-VG nicht verhängt werden, denn die Bf lebe seit 1992 in Österreich und verfüge zumindest seit 2002 über einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“. Zudem sei sie Mutter von vier Kindern, verfüge über ein Deutschdiplom B 1 und befinde sich in einem aufrechten Arbeitsverhältnis.

Es sei derzeit eine aufenthaltsbeendende Maßnahme nach § 52 Abs 5 FPG nicht möglich, daher komme § 28 Abs 1 NAG zur Anwendung. Die „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ sei für 12 Monate zu erteilen, zumal ihr Deutschzertifikat B 1 bereits aus dem Jahr 2014 und somit noch ohne Werteteil sei und sie daher das Modul 1 der Integrationsvereinbarung gemäß § 9 IntG nicht erfülle.

I.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die – durch die rechtsfreundliche Vertretung der Bf – rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 23. November 2020. Begründend führte die Bf im Wesentlichen aus, dass sich die rechtliche Beurteilung im angefochtenen Bescheid als unrichtig erweise. Die Verurteilung der Bf (vom LG Linz am 27. März 2019) sei ihre einzige in einem fast 30 Jahre langen Aufenthalt in Österreich. Die Bf habe sowohl vor als auch seit dieser Verurteilung ein Wohlverhalten aufgewiesen und sei sehr gut integriert.
Die Voraussetzungen des § 52 Abs 5 FPG seien nicht gegeben, da die Bf keine Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit darstelle und über eine positive Zukunftsprognose verfüge. Sie sei Mutter von vier Kindern und verfüge über einen familiären Rückhalt, befinde sich in einem aufrechten Arbeitsverhältnis und sei sprachlich gut integriert.
Nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung sei bei der im Verfahren betreffend Rückkehrentscheidung und Einreiseverbot zu treffenden Gefährdungsprognose gemäß § 52 Abs 5 FPG nicht auf die bloße Tatsache einer Verurteilung bzw Bestrafung des Fremden, sondern auf die Art und Schwere der zugrundeliegenden Straftaten und auf das sich daraus ergebende Persönlichkeitsbild abzustellen. Bei der Prüfung, ob die Annahme einer Gefährdung iSd § 52 Abs 5 FPG gerechtfertigt sei, müsse eine das Gesamtverhalten des Fremden berücksichtigende Prognosebeurteilung vorgenommen werden. Die Bf hält repetitiv fest, dass in Anbetracht der Gesamtumstände und des Gesamtverhaltens der Bf davon auszugehen sei, dass sie keine Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit in Österreich darstelle. Sie verfüge über eine positive Zukunftsprognose, und es sei davon auszugehen, dass sie keine weiteren Straftaten in Österreich mehr begehen werde. Es sei nicht davon auszugehen, dass der weitere Aufenthalt der Bf eine gegenwärtige, hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstelle. Die von der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid vorgenommene Gefährdungsannahme sei nicht gerechtfertigt. Die Voraussetzungen für die Anwendung des § 28 Abs 1 NAG seien nicht gegeben und es sei von einer Rückstufung des Aufenthaltstitels Abstand zu nehmen.

I.3. Mit Schreiben vom 12. Jänner 2021, eingelangt am 18. Jänner 2021, legte die belangte Behörde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in die Beschwerde und den bezughabenden Verwaltungsakt. Von

der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 24 Abs 4 VwGVG abgesehen werden, da die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und dem Entfall der Verhandlung weder Art 6 Abs 1 EMRK noch Art 47 GRC entgegenstehen.

I.5. Es steht folgender entscheidungsrelevanter S a c h v e r h a l t fest:

Die Bf ist am x geboren und eine Staatsangehörige von Bosnien und Herzegowina. Sie ist seit 1992 rechtmäßig in Österreich aufhältig und verfügt zumindest seit dem 31. Juli 2002 über den Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“, der eine Kartengültigkeit bis zum 21. Mai 2022 aufweist.
Der Reisepass der Bf weist eine Gültigkeitsdauer bis 13. Februar 2027 auf.

Die vier Kinder der Bf leben in Österreich und verfügen über eine Aufenthaltsberechtigung in Österreich. Auch weitere Familienangehörige der Bf leben in Österreich. Zudem verfügt die Bf über ein Deutschdiplom „B 1“, wobei das diesbezügliche Zertifikat mit 29. Juli 2014 ausgestellt wurde. Die Bf befindet sich ferner seit 1. Oktober 2020 in einem aufrechten Dienstverhältnis bei Rechtsanwalt Mag. A F, bei dem sie auch von 28. Juli 2020 bis 30. September 2020 geringfügig beschäftigt war.

Die Bf wurde mit Urteil vom 27. März 2019 des LG Linz zu einer bedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe von 18 Monaten wegen schweren und gewerbsmäßig durch Einbruch begangenen Diebstahls nach §§ 127, 128 Abs 1 Z 5, 129 Abs 1 Z 3, 130 Abs 2 StGB rechtskräftig verurteilt. Diese Verurteilung basiert auf zahlreichen Angriffen der Bf im Zeitraum von Juni 2018 bis November 2018, im Rahmen derer sie mit dem Vorsatz, sich durch deren Zueignung unrechtmäßig zu bereichern, einer von ihr betreuten Person Bargeldbeträge iHv EUR 31.500,00 wie folgt weggenommen hat: im Juli 2018 einen Bargeldbetrag iHv EUR 20.000,00, welchen die betreute Person selbst von ihrem Konto behoben hat. Im Zeitraum von 20. Juni 2018 bis 11. September 2018 in wiederholten Angriffen insgesamt zumindest EUR 2.000,00. In zehn Angriffen (im Zeitraum von 20. September 2018 bis 7. November 2018) jeweils durch eigene SB-Behebungen mittels der jeweils zuvor entfremdeten Bankomatkarte der betreuten Person Bargeld in einer Gesamthöhe von EUR 9.300,00 von deren Konto, sohin durch Öffnung einer Sperrvorrichtung mit einem widerrechtlich erlangten Schlüssel mit der Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung von nach § 129 StGB qualifizierten Einbruchsdiebstählen mittels einer entfremdeten Bankomatkarte längere Zeit hindurch ein nicht bloß geringfügiges fortlaufendes Einkommen von mehr als EUR 400,00 monatlich zu verschaffen, wobei die Bf ab der dritten Tat die Diebstähle nach § 129 Abs 1 StGB gewerbsmäßig beging, nachdem sie bereits zwei solche Taten begangen hatte.

Das Strafgericht hat die Umstände, dass die Bf ein Tatsachengeständnis abgegeben und einen Beitrag zur Wahrheitsfindung geleistet hat als mildernd gewertet, jedoch stand dem erschwerend gegenüber, dass die Bf eine mehrfache Qualifikation sowie Faktenhäufung, soweit sie nicht schon in der Gewerbsmäßigkeit aufging, zu verantworten hatte. Eine Diversion war nicht möglich, da die Tatumstände schwere Schuld begründeten, ein hoher Gesinnungsunwert (Verwerflichkeit der inneren Einstellung der Bf) und Handlungsunwert (mit erheblicher Intensität ausgeführte Tatbegehensweise) gegeben war und weil die Bf nicht einmal eine bedingte Unrechtseinsicht gezeigt hat und ihr Tatwiederholung zur Last lag.
Weitere justizstrafrechtliche Verurteilungen weist die Bf nicht auf.

II. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei und unbestritten aus dem bezughabenden Verwaltungsakt und der Beschwerde.

III. Rechtliche Grundlagen:

III.1. Das Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz – NAG), BGBl I 100/2005 idF BGBl I 54/2021, lautet auszugsweise:

„Rückstufung und Entziehung eines Aufenthaltstitels

§ 28. (1) Liegen gegen einen Inhaber eines Aufenthaltstitels ‚Daueraufenthalt – EU' (§ 45) die Voraussetzungen des § 52 Abs. 5 FPG für die Erlassung einer Rückkehrentscheidung vor, kann diese Maßnahme aber im Hinblick auf § 9 BFA-VG nicht verhängt werden, hat die Behörde das Ende des unbefristeten Niederlassungsrechts mit Bescheid festzustellen und von Amts wegen einen befristeten Aufenthaltstitel ‚Rot-Weiß-Rot – Karte plus' auszustellen (Rückstufung).
[…]"

III.2. Das Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetitel (Fremdenpolizeigesetz 2005 – FPG), BGBl I 100/2005 idF BGBl I 54/2021, lautet auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

§ 2. (1) […]
(4) Im Sinn dieses Bundesgesetzes ist
[…]
10. Drittstaatsangehöriger: ein Fremder, der nicht EWR-Bürger oder Schweizer Bürger ist;
[…]

Rückkehrentscheidung

§ 52. (1) [...]

(5) Gegen einen Drittstaatsangehörigen, der vor Verwirklichung des maßgeblichen Sachverhaltes auf Dauer rechtmäßig niedergelassen war und über einen Aufenthaltstitel ‚Daueraufenthalt – EU' verfügt, hat das Bundesamt eine Rückkehrentscheidung zu erlassen, wenn die Voraussetzungen gemäß § 53 Abs. 3 die Annahme rechtfertigen, dass dessen weiterer Aufenthalt eine gegenwärtige, hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit darstellen würde.

[...]

Einreiseverbot

§ 53. (1) [...]

(3) Ein Einreiseverbot gemäß Abs. 1 ist für die Dauer von höchstens zehn Jahren, in den Fällen der Z 5 bis 9 auch unbefristet zu erlassen, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit darstellt. Als bestimmte Tatsache, die bei der Bemessung der Dauer des Einreiseverbotes neben den anderen in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten öffentlichen Interessen relevant ist, hat insbesondere zu gelten, wenn

1. ein Drittstaatsangehöriger von einem Gericht zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten, zu einer bedingt oder teilbedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder mindestens einmal wegen auf der gleichen schädlichen Neigung beruhenden strafbaren Handlungen rechtskräftig verurteilt worden ist;

[...]"

III.3. Das Bundesgesetz, mit dem die allgemeinen Bestimmungen über das Verfahren vor dem Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl zur Gewährung von internationalem Schutz, Erteilung von Aufenthaltstiteln aus berücksichtigungswürdigen Gründen, Abschiebung, Duldung und zur Erlassung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen sowie zur Ausstellung von österreichischen Dokumenten für Fremde geregelt werden (BFA-Verfahrensgesetz – BFA-VG), BGBl I 87/2012 idF BGBl I 146/2020, lautet auszugsweise:

„Schutz des Privat- und Familienlebens

§ 9. (1) Wird durch eine Rückkehrentscheidung gemäß § 52 FPG, eine Anordnung zur Außerlandesbringung gemäß § 61 FPG, eine Ausweisung gemäß § 66 FPG oder ein Aufenthaltsverbot gemäß § 67 FPG in das Privat- oder Familienleben des Fremden eingegriffen, so ist die Erlassung der Entscheidung zulässig, wenn dies zur Erreichung der im Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Ziele dringend geboten ist.

(2) Bei der Beurteilung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK sind insbesondere zu berücksichtigen:

1. die Art und Dauer des bisherigen Aufenthaltes und die Frage, ob der bisherige Aufenthalt des Fremden rechtswidrig war,
2. das tatsächliche Bestehen eines Familienlebens,
3. die Schutzwürdigkeit des Privatlebens,
4. der Grad der Integration,
5. die Bindungen zum Heimatstaat des Fremden,

6. die strafgerichtliche Unbescholtenheit,
7. Verstöße gegen die öffentliche Ordnung, insbesondere im Bereich des Asyl-, Fremdenpolizei- und Einwanderungsrechts,
8. die Frage, ob das Privat- und Familienleben des Fremden in einem Zeitpunkt entstand, in dem sich die Beteiligten ihres unsicheren Aufenthaltsstatus bewusst waren,
9. die Frage, ob die Dauer des bisherigen Aufenthaltes des Fremden in den Behörden zurechenbaren überlangen Verzögerungen begründet ist.

(3) Über die Zulässigkeit der Rückkehrentscheidung gemäß § 52 FPG ist jedenfalls begründet, insbesondere im Hinblick darauf, ob diese gemäß Abs. 1 auf Dauer unzulässig ist, abzusprechen. Die Unzulässigkeit einer Rückkehrentscheidung gemäß § 52 FPG ist nur dann auf Dauer, wenn die ansonsten drohende Verletzung des Privat- und Familienlebens auf Umständen beruht, die ihrem Wesen nach nicht bloß vorübergehend sind. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Rückkehrentscheidung gemäß § 52 FPG schon allein auf Grund des Privat- und Familienlebens im Hinblick auf österreichische Staatsbürger oder Personen, die über ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht oder ein unbefristetes Niederlassungsrecht (§ 45 oder §§ 51 ff Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005) verfügen, unzulässig wäre.

(Anm.: Abs. 4 aufgehoben durch Art. 4 Z 5, BGBl. I Nr. 56/2018)

(5) Gegen einen Drittstaatsangehörigen, der vor Verwirklichung des maßgeblichen Sachverhaltes bereits fünf Jahre, aber noch nicht acht Jahre ununterbrochen und rechtmäßig im Bundesgebiet niedergelassen war, darf mangels eigener Mittel zu seinem Unterhalt, mangels ausreichenden Krankenversicherungsschutzes, mangels eigener Unterkunft oder wegen der Möglichkeit der finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft eine Rückkehrentscheidung gemäß §§ 52 Abs. 4 iVm 53 FPG nicht erlassen werden. Dies gilt allerdings nur, wenn der Drittstaatsangehörige glaubhaft macht, die Mittel zu seinem Unterhalt und seinen Krankenversicherungsschutz durch Einsatz eigener Kräfte zu sichern oder eine andere eigene Unterkunft beizubringen, und dies nicht aussichtslos scheint.

(6) Gegen einen Drittstaatsangehörigen, der vor Verwirklichung des maßgeblichen Sachverhaltes bereits acht Jahre ununterbrochen und rechtmäßig im Bundesgebiet niedergelassen war, darf eine Rückkehrentscheidung gemäß § 52 Abs. 4 FPG nur mehr erlassen werden, wenn die Voraussetzungen gemäß § 53 Abs. 3 FPG vorliegen. § 73 Strafgesetzbuch (StGB), BGBl. Nr. 60/1974 gilt."

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

IV.1. Gemäß § 28 Abs 1 NAG hat die Behörde das Ende des unbefristeten Niederlassungsrechts mit Bescheid festzustellen und von Amts wegen einen befristeten Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" auszustellen (Rückstufung), wenn gegen einen Inhaber eines Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt – EU" (§ 45) die Voraussetzungen des § 52 Abs 5 FPG für die Erlassung einer Rückkehrentscheidung vorliegen, diese Maßnahme aber im Hinblick auf § 9 BFA-VG nicht verhängt werden kann.

IV.2. Eine Rückstufung setzt in einem ersten Schritt voraus, dass § 28 Abs 1 NAG überhaupt zur Anwendung kommt, was nur dann der Fall ist, wenn die

Voraussetzungen des § 52 Abs 5 FPG erfüllt sind (vgl VwGH 02.11.2020, Ra 2017/22/0093).

Der Verwaltungsgerichtshof hat zur Erlassung einer Rückkehrentscheidung iSd § 52 Abs 5 FPG Folgendes ausgeführt (vgl VwGH 02.11.2020, Ra 2017/22/0093; idS auch VwGH 21.06.2018, Ra 2016/22/0101):

„Nach § 52 Abs. 5 FPG ist die Erlassung einer Rückkehrentscheidung gegen bestimmte Drittstaatsangehörige nur dann zulässig, wenn die Voraussetzungen nach § 53 Abs. 3 FPG die Annahme rechtfertigen, dass der weitere Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen eine gegenwärtige und hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit darstellt. Bei der Prüfung, ob die Annahme einer solchen Gefährdung gerechtfertigt ist, muss eine das Gesamtverhalten des Fremden berücksichtigende Prognosebeurteilung vorgenommen werden (vgl. VwGH 22.3.2018, Ra 2017/22/0194). Dabei ist auf Grund konkreter Feststellungen eine Beurteilung dahin vorzunehmen, ob und im Hinblick auf welche Umstände die jeweils anzuwendende Gefährdungsannahme gerechtfertigt ist. Es ist daher nicht auf die bloße Tatsache der Verurteilung bzw. Bestrafung, sondern auf die Art und Schwere der zu Grunde liegenden Straftaten und auf das sich daraus ergebende Persönlichkeitsbild abzustellen (vgl. VwGH 31.8.2017, Ra 2017/21/0120).“

Die Bf ist seit 1992 rechtmäßig in Österreich aufhältig und verfügt als Staatsangehörige von Bosnien und Herzegowina über den Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“, der eine Kartengültigkeit bis zum 21. Mai 2022 aufweist. Sie ist sohin als Drittstaatsangehörige (nach § 2 Abs 4 Z 10 FPG) und als Inhaberin des Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt – EU“ anzusehen.

Nach § 53 Abs 3 FPG ist ein Einreiseverbot zu erlassen, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit darstellt. Als bestimmte Tatsache hat nach § 53 Abs 3 Z 1 FPG insbesondere zu gelten, wenn ein Drittstaatsangehöriger von einem Gericht zu einer bedingt oder teilbedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten rechtskräftig verurteilt worden ist.

Die Bf wurde mit Urteil vom 27. März 2019 des LG Linz zu einer bedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe von 18 Monaten wegen schweren und gewerbsmäßig durch Einbruch begangenen Diebstahls nach §§ 127, 128 Abs 1 Z 5, 129 Abs 1 Z 3, 130 Abs 2 StGB rechtskräftig verurteilt. Demnach ist der Tatbestand des § 53 Abs 3 Z 1 FPG erfüllt. Ist der Tatbestand des § 53 Abs 3 Z 1 FPG erfüllt, so ist das Vorliegen einer schwerwiegenden Gefahr für die öffentliche Ordnung und/oder Sicherheit indiziert (vgl VwGH 24.05.2018, Ra 2017/19/0311; 27.01.2015, 2013/22/0298).

Unstrittig steht fest, dass die Bf die dem genannten Strafurteil zugrundeliegenden Tathandlungen zu verantworten hat. Die Verurteilung wegen des Verbrechens des

schweren und gewerbsmäßig durch Einbruch begangenen Diebstahls nach §§ 127, 128 Abs 1 Z 5, 129 Abs 1 Z 3, 130 Abs 2 StGB zu einer bedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe von 18 Monaten basiert auf zahlreichen Angriffen der Bf im Zeitraum von Juni 2018 bis November 2018, im Rahmen derer sie mit dem Vorsatz, sich durch deren Zueignung unrechtmäßig zu bereichern, einer von ihr betreuten Person Bargeldbeträge iHv EUR 31.500,00 wie folgt weggenommen hat: im Juli 2018 einen Bargeldbetrag iHv EUR 20.000,00, welchen die betreute Person selbst von ihrem Konto behoben hat. Im Zeitraum von 20. Juni 2018 bis 11. September 2018 in wiederholten Angriffen insgesamt zumindest EUR 2.000,00. In zehn Angriffen (im Zeitraum von 20. September 2018 bis 7. November 2018) jeweils durch eigene SB-Behebungen mittels der jeweils zuvor entfremdeten Bankomatkarte der betreuten Person Bargeld in einer Gesamthöhe von EUR 9.300,00 von deren Konto, sohin durch Öffnung einer Sperrvorrichtung mit einem widerrechtlich erlangten Schlüssel mit der Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung von nach § 129 StGB qualifizierten Einbruchsdiebstählen mittels einer entfremdeten Bankomatkarte längere Zeit hindurch ein nicht bloß geringfügiges fortlaufendes Einkommen von mehr als EUR 400,00 monatlich zu verschaffen, wobei die Bf ab der dritten Tat die Diebstähle nach § 129 Abs 1 StGB gewerbsmäßig beging, nachdem sie bereits zwei solche Taten begangen hatte.

Bei der hinsichtlich der Bf zu erstellenden Gefährdungsprognose stehen mithin deren strafgerichtliche Verurteilung und das von der Bf gesetzte Verhalten im Fokus.

Aus den soeben dargestellten Vorgangsweisen der Bf und dies insbesondere aufgrund der Vielzahl von Angriffen, um sich eine regelmäßige Einnahmequelle durch Diebstahl zu verschaffen, resultiert eine schwerwiegende Gefährdung des großen öffentlichen Interesses an der Verhinderung von Eigentumskriminalität (vgl VwGH 24.05.2005, 2002/18/0289; sowie idS auch VwGH 22.02.2017, Ra 2017/19/0043).

Eine gewichtige Bedeutung kommt dabei jedenfalls dem Aspekt der Gewerbsmäßigkeit zu. Gerade die in der gewerbsmäßigen Tatbegehung gelegene Tendenz der Bf, sich durch die wiederkehrende Begehung einer strafbaren Handlung eine fortlaufende Einnahme zu sichern, stellt eine erhebliche Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit dar (vgl VwGH 24.05.2005, 2002/18/0289 mit Hinweis auf VwGH 20.07.1995, 95/18/1141).

Auch wenn das Strafgericht die Umstände, dass die Bf ein Tatsachengeständnis abgegeben und einen Beitrag zur Wahrheitsfindung geleistet hat als mildernd wertete, stand dem erschwerend gegenüber, dass die Bf eine mehrfache Qualifikation sowie Faktenhäufung, soweit sie nicht schon in der Gewerbsmäßigkeit aufging, zu verantworten hatte. Ferner hat die Bf nicht einmal eine bedingte

Unrechtseinsicht gezeigt. Ferner beurteilte das Strafgericht die Schuld der Bf als schwer.

Das sich aus ihrer Verurteilung ergebende Persönlichkeitsbild zeigt, dass die Bf über eine Zeitspanne von mehr als 4 Monaten keine Scheu gezeigt hat, der von ihr betreuten Person in einer Vielzahl von Fällen und auf verschiedene Weisen Bargeld in einem Gesamtwert iHv EUR 31.500,00 wegzunehmen und somit über diesen doch beträchtlichen Zeitraum im dargestellten Maß kriminelle Energie hat walten lassen. Auch die Aspekte der gewerbsmäßigen Tatbegehung der Bf – die aufgrund der langen Zeitspanne der durchgeführten Vielzahl an Angriffen auf ein planmäßiges Tatverhalten und eine beachtliche Herabsetzung der inneren Hemmschwelle solches Unrecht zu begehen schließen lässt –, der nicht einmal bedingten Unrechtseinsicht und des hohen Gesamtschadens lassen durchaus die Prognose zu, dass die Bf wieder in die zur Verurteilung führenden Verhaltensmuster zurückfällt.

Der Gesinnungswandel eines Straftäters ist grundsätzlich daran zu messen, ob und wie lange er sich in Freiheit wohlverhalten hat; für die Annahme eines Wegfalls der aus dem bisherigen Fehlverhalten ableitbaren Gefährlichkeit eines Fremden ist somit in erster Linie das Verhalten in Freiheit maßgeblich. Dabei ist der Beobachtungszeitraum umso länger anzusetzen, je nachdrücklicher sich die Gefährlichkeit des Fremden in der Vergangenheit manifestiert hat (vgl etwa VwGH 04.03.2020, Ra 2020/21/0035; 26.06.2019, Ra 2019/21/0118, mwN).

Zwar hat sich die Bf stets in Freiheit und nicht in Haft befunden, zumal ihre 18-monatige Freiheitsstrafe bedingt nachgesehen wurde, jedoch datiert die angeführte (rechtskräftige) Verurteilung auf 27. März 2019. Da seit der Verurteilung – zum Entscheidungszeitpunkt des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich – nur knapp über zwei Jahre vergangen sind, fällt das seitdem gezeigte Wohlverhalten (etwa ein aufrechtes Dienstverhältnis und keine weiteren Verurteilungen) nicht entscheidend ins Gewicht. Der Zeitraum ist mit Blick auf die Vielzahl der Angriffe und der Schwere der Beeinträchtigung des erheblichen öffentlichen Interesses an der Verhinderung der Eigentumskriminalität jedenfalls zu kurz, um von einem nachhaltigen Gesinnungswandel ausgehen zu können. Die Gefährlichkeit der Bf hat sich insbesondere durch die Vielzahl an Angriffen gegen das Eigentum Dritter über einen Zeitraum von mehr als vier Monaten manifestiert und sich in einer nicht einmal bedingten Unrechtseinsicht fortgesetzt. Die Zeit des Wohlverhaltens der Bf nach der Verurteilung (also knapp über zwei Jahre), ist somit nicht hinreichend, um den Wegfall der aus ihrem bisherigen Fehlverhalten ableitbaren Gefährlichkeit annehmen zu können.

Es liegen sohin jedenfalls Tatsachen vor, die die Annahme rechtfertigen, dass der Aufenthalt der Bf eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit darstellt. Das Gesamtfehlverhalten der Bf beeinträchtigt die öffentliche

Ordnung und Sicherheit erheblich, sodass die in § 52 Abs 5 FPG umschriebene Annahme gerechtfertigt ist (vgl abermals VwGH 24.05.2005, 2002/18/0289, wonach eine diesbezügliche Annahme selbst bei Diebstahlshandlungen zu erheblich geringeren Diebstahlswerten gerechtfertigt ist. Unterstrichen wird die Annahme auch damit, dass selbst aus einem einmaligen Fehlverhalten – entsprechende Gravidität vorausgesetzt – eine maßgebliche Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit abgeleitet werden kann [vgl VwGH 22.01.2021, Ra 2020/21/0457; 03.07.2018, Ra 2018/21/0099]). Demnach rechtfertigen die Voraussetzungen gemäß § 53 Abs 3 FPG die Annahme, dass der weitere Aufenthalt der Bf eine gegenwärtige, hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit darstellt.

Demnach kommt § 28 Abs 1 NAG zur Anwendung, da die Voraussetzungen des § 52 Abs 5 FPG erfüllt sind.

IV.3. Eine Rückstufung nach § 28 Abs 1 NAG setzt voraus, dass eine aufenthaltsbeendende Maßnahme (konkret eine Rückkehrentscheidung nach § 52 Abs 5 FPG) nicht verhängt werden kann (vgl VwGH 14.02.2018, Ra 2017/22/0173; 18.01.2017; Ra 2016/22/0021). Diesbezüglich ist maßgebend, dass diese Maßnahme im Hinblick auf § 9 BFA-VG nicht verhängt werden kann.

Wird durch eine Rückkehrentscheidung gemäß § 52 FPG in das Privat- oder Familienleben des Fremden eingegriffen, so ist gemäß § 9 BFA-VG die Erlassung der Entscheidung zulässig, wenn dies zur Erreichung der im Art 8 Abs 2 EMRK genannten Ziele dringend geboten ist.

Bei Erlassung einer Rückkehrentscheidung ist unter dem Gesichtspunkt des Art 8 EMRK ihre Verhältnismäßigkeit am Maßstab des § 9 BFA-VG zu prüfen. Nach dessen Abs 1 ist nämlich (ua) die Erlassung einer Rückkehrentscheidung gemäß § 52 FPG, wenn dadurch in das Privat- oder Familienleben des Fremden eingegriffen wird, nur zulässig, wenn dies zur Erreichung der im Art 8 Abs 2 EMRK genannten Ziele dringend geboten ist. Bei Beurteilung dieser Frage ist unter Bedachtnahme auf alle Umstände des Einzelfalles eine gewichtende Abwägung des öffentlichen Interesses an einer Aufenthaltsbeendigung mit den gegenläufigen privaten und familiären Interessen des Fremden, insbesondere unter Berücksichtigung der in § 9 Abs 2 BFA-VG genannten Kriterien und unter Einbeziehung der sich aus § 9 Abs 3 BFA-VG ergebenden Wertungen, in Form einer Gesamtbetrachtung vorzunehmen (vgl VwGH 15.02.2021, Ra 2020/21/0301; 20.10.2016, Ra 2016/21/0198).

Die Bf hält sich seit 1992 rechtmäßig in Österreich auf und verfügt zumindest seit dem 31. Juli 2002 über den Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt-EU“. Die vier Kinder der Bf leben in Österreich und verfügen über eine Aufenthaltsberechtigung in Österreich. Auch weitere Familienangehörige der Bf leben in Österreich. Zudem

verfügt die Bf über ein Deutschdiplom „B 1“, wobei das diesbezügliche Zertifikat mit 29. Juli 2014 ausgestellt wurde. Die Bf befindet sich ferner seit 1. Oktober 2020 in einem aufrechten Dienstverhältnis bei ihrem nunmehrigen rechtsfreundlichen Vertreter, bei dem sie auch von 28. Juli 2020 bis 30. September 2020 geringfügig beschäftigt war.

Aufgrund dieser Tatsachen zeigt sich zweifelsfrei, dass durch eine Rückkehrentscheidung nach § 52 FPG in das Privat- und Familienleben der Bf eingegriffen wird.

Nach Abwägung der starken familiären Bindung, wie auch der sprachlichen und beruflichen Integration der Bf in Österreich mit den öffentlichen Interessen an der Erlassung der fremdenpolizeilichen Maßnahme, also insbesondere der Verhinderung von Eigentumskriminalität, kann die Erlassung einer Rückkehrentscheidung derzeit nicht als zulässig angesehen werden, da dies nicht zur Erreichung der im Art 8 Abs 2 EMRK genannten Ziele dringend geboten ist.

IV.4. Zwar liegen die Voraussetzungen des § 52 Abs 5 FPG für die Erlassung einer Rückkehrentscheidung – gegen die Bf als Inhaberin eines Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt – EU“ – vor, diese Maßnahme kann aber im Hinblick auf § 9 BFA-VG nicht verhängt werden. Sohin liegen die Voraussetzungen für eine Rückstufung nach § 28 Abs 1 NAG im gegenständlichen Fall vor.

IV.5. Zur Gültigkeitsdauer der von Amts wegen zu erteilenden „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“:

IV.5.1. Gemäß § 20 Abs 1a NAG idgF sind Aufenthaltstitel gemäß § 8 Abs 1 Z 2, 4, 5, 6, 8, 9 oder 10 für die Dauer von drei Jahren auszustellen, wenn der Fremde
1. das Modul 1 der Integrationsvereinbarung (§ 9 IntG) erfüllt hat und
2. in den letzten zwei Jahren durchgehend rechtmäßig im Bundesgebiet niedergelassen war,
es sei denn, es wurde eine kürzere Dauer des Aufenthaltstitels beantragt oder das Reisedokument weist nicht die entsprechende Gültigkeitsdauer auf.

Der Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ ist in § 8 Abs 1 Z 2 NAG geregelt.

Gemäß § 81 Abs 36 NAG idgF gilt das Modul 1 der Integrationsvereinbarung gemäß § 9 IntG als erfüllt, wenn Drittstaatsangehörige das Modul 1 der Integrationsvereinbarung gemäß § 14a in der Fassung vor dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 68/2017 vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 68/2017 erfüllt haben oder von der Erfüllung ausgenommen waren.

Gemäß § 14a Abs 4 NAG idF BGBl I Nr 38/2011 (sohin im Zeitpunkt des Erwerbs des Sprachzertifikats durch die Bf) ist das Modul 1 der Integrationsvereinbarung erfüllt, wenn der Drittstaatsangehörige

1. einen Deutsch-Integrationskurs besucht und einen Nachweis des Österreichischen Integrationsfonds über den erfolgreichen Abschluss des Deutsch-Integrationskurses vorlegt,
2. einen allgemein anerkannten Nachweis über ausreichende Deutschkenntnisse gemäß § 14 Abs. 2 Z 1 vorlegt,
3. über einen Schulabschluss verfügt, der der allgemeinen Universitätsreife im Sinne des § 64 Abs. 1 des Universitätsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 120, oder einem Abschluss einer berufsbildenden mittleren Schule entspricht oder
4. einen Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte“ gemäß § 41 Abs. 1 oder 2 besitzt.
Die Erfüllung des Moduls 2 (§ 14b) beinhaltet das Modul 1.

Gemäß § 14b Abs 2 NAG idF BGBl I Nr 38/2011 ist das Modul 2 der Integrationsvereinbarung erfüllt, wenn der Drittstaatsangehörige
(...)
2. einen allgemein anerkannten Nachweis über ausreichende Deutschkenntnisse gemäß § 14 Abs 2 Z 2 vorlegt.

Gemäß § 14 Abs 2 NAG idF BGBl I BGBl I 38/2011 besteht die Integrationsvereinbarung aus zwei aufeinander aufbauenden Modulen:
1. das Modul 1 dient dem Erwerb von Kenntnissen der deutschen Sprache zur vertieften elementaren Sprachverwendung;
2. das Modul 2 dient dem Erwerb von Kenntnissen der deutschen Sprache zur selbständigen Sprachverwendung.

Gemäß § 14 Abs 3 NAG idF BGBl I BGBl I Nr 38/2011 hat der Bundesminister für Inneres die näheren Bestimmungen zu den Inhalten der Module 1 und 2 der Integrationsvereinbarung durch Verordnung festzulegen.

Gemäß § 9 Abs 1 der Integrationsvereinbarungsverordnung idF BGBl II Nr 205/2011, gelten als Nachweis über ausreichende Deutschkenntnisse im Sinne des § 14a Abs 4 Z 2 und § 14b Abs 2 Z 2 NAG allgemein anerkannte Sprachdiplome oder Kurszeugnisse, insbesondere von folgenden Einrichtungen:
1. Österreichisches Sprachdiplom Deutsch;
(...)

Gemäß Abs 2 par.cit. hat jede Einrichtung in dem von ihr auszustellenden Sprachdiplom oder Kurszeugnis gemäß Abs 1 schriftlich zu bestätigen, dass der betreffende Fremde über Kenntnisse der deutschen Sprache zumindest
1. auf A2-Niveau des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens für Sprachen oder

2. auf B1-Niveau des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens für Sprachen verfügt.

IV.5.2. Die Bf legte ein Zertifikat des Österreichischen Sprachdiplom Deutsch (ÖSD) vom 29. Juli 2014 vor, wonach sie die ÖSD-Prüfung „B1 Zertifikat Deutsch Österreich“ gut bestanden hat.

Gemäß § 14b Abs 2 Z 2 iVm § 14 Abs 2 Z 2 NAG idF BGBl I Nr 38/2011 iVm § 9 Abs 1 iVm Abs 2 Integrationsvereinbarungsverordnung idF BGBl II Nr 205/2011 hat die Bf dadurch den Nachweis erbracht, Modul 2 der Integrationsvereinbarung erfüllt zu haben. Gemäß § 14a Abs 4 letzter Satz NAG idF BGBl I Nr 38/2011 beinhaltet die Erfüllung des Moduls 2 das Modul 1.

Zumal die Bf sohin am 29. Juli 2014 auf Basis der damals geltenden Bestimmungen Modul 1 der Integrationsvereinbarung erfüllt hat, ist § 81 Abs 36 NAG idgF auf den ggst Fall anzuwenden. Modul 1 der Integrationsvereinbarung gemäß § 9 Integrationsgesetz gilt somit als erfüllt. Die Gültigkeitsdauer des von Amts wegen zu erteilenden Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ beträgt daher gemäß § 20 Abs 1a NAG idgF drei Jahre, zumal die Bf in den letzten zwei Jahren aufgrund ihres bisher innegehabten Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt – EU“ auch durchgehend rechtmäßig im Bundesgebiet niedergelassen war und ihr Reisepass eine Gültigkeitsdauer bis 13. Februar 2027 aufweist.

IV.6. Es war daher im Ergebnis spruchgemäß zu entscheiden.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.
Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass sich eine Gefährdungsprognose zu Lasten eines Fremden dann nicht als revisibel erweist, wenn sie auf einer verfahrensrechtlich einwandfreien Grundlage und in vertretbarer Weise im Rahmen der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze vorgenommen wurde.

## R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

## H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Reitter